



El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción(*)

The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

Gustavo Paredes(**)

Universidad del Pacífico

Resumen: El autor de esta presentación pretende indagar la esencia de la práctica internacional empleada en la resolución de las controversias en este ámbito jurídico, la cual es fuente de necesaria observación, resaltando que es materia de interés y de estudio para aquel apasionado en esta materia. Se pretende proporcionar al lector conocimientos que le permitan entender y comparar su sistematicidad como sus efectos a nivel nacional con otras regulaciones a fin de comprender su aplicación.

Palabras Claves: Gestión conflictual - Libro Rojo – FIDIC - Conflictos - Solución - Convencional - Regulación de conflictos

Abstract: The author of this presentation intends to investigate the essence of international practice used in the resolution of disputes in this legal field, which is a source of necessary observation, highlighting that it is a matter of interest and study for those passionate in this area. It is proposed to provide the reader with knowledge that allows him to understand and compare its systematicity as its effects at the national level with other regulations in order to understand its application.

(*) Nota del Editor: Este artículo fue recibido el 15 de abril de 2018 y su publicación fue aprobada el 30 de junio de 2018.

(**) Socio de NPG Abogados. Especialista en derecho de la construcción, contratación estatal y solución de disputas. Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Post Grado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y la Universidad del Pacífico. Miembro fundador de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y de la Asociación Latinoamericana de Derecho de la Construcción. Correo electrónico: gparedes@npg.pe

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

Keywords: Conflict management - Red Book – FIDIC - Conflicts - Conventional - Solution - Conflict regulation

Sumario: 1. Presentación_2. El libro rojo FIDIC (edición 1999)_3. El sistema de gestión conflictual convencional_3.1 Modificaciones introducidas en la edición 1999_3.2 Diseño de la cláusula de resolución de conflictos_4. El procedimiento pre arbitral_4.1. El Ingeniero como autoridad en obra: Funciones y principales críticas_4.2 El DAB: Conformación, nombramiento y finalidad_4.3 Análisis comparativo de la participación del Ingeniero (edición 1987) y el aporte de eficiencia del DAB (edición 1999)_5. El proceso arbitral_6. Conclusión_7. Referencias Bibliográficas.

1. Presentación

Para el lector con cierta experiencia en la industria, no le será extraño reconocer que con el transcurso del tiempo, la actividad de la construcción ha ido ganando la justa calificación de industria riesgosa, compleja, intensa y de evolución constante en sus procesos constructivos por el incesante avance tecnológico aplicado a un sector muy exigente de eficiencia técnica y económica.

Retar a la ingeniería para solucionar problemas cada vez más complejos, hace que los desarrolladores conciban hoy proyectos infraestructura con un cada vez más alto grado de especialización, con participación de mayores flujos de inversión y con un mayor cuidado en la atención de intereses involucrados, convirtiéndose actualmente, en palabras de Hernández Rodríguez⁽¹⁾, en una las transacciones más importantes y dinámicas del comercio internacional.

A nivel internacional este dinamismo del sector ha provocado la preocupación constante del mercado por regular la práctica y los usos de la industria, estandarizando contratos, unificando criterios y globalizando expresiones, buscando reducir los costos de transacción en un mercado cada vez más activo, global y demandante.

Actualmente, las diversas modalidades contractuales en el sector de la ingeniería y construcción lucen una muy diversa naturaleza en su contenido obligacional debido justamente

al grado de complejidad de los proyectos y la asignación de riesgos según el sistema de entrega del proyecto elegido por el propietario; y en igual sentido, la solución de los reclamos y las disputas han ido evolucionando rápida e intensamente de una natural complejidad a un nivel de alta dificultad y especialización.

Este artículo busca descubrir los fundamentos de la práctica internacional más utilizada en la gestión de las disputas en el sector, fuente de obligatoria revisión y estudio para todo aquel interesado en esta especialidad; y que como primera lección, le permitirá conocer y mejor aún comparar, su operatividad y eficiencia con otros sistemas de gestión conflictual aplicados a nivel nacional e internacional.

El objetivo es focalizar la investigación en el sistema de resolución de disputas implementado en las cláusulas estándar de los formatos contractuales para el sector de la ingeniería y construcción publicados por la organización profesional de la ingeniería más importante del mundo, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (en adelante, "FIDIC") y su aporte de eficiencia en el manejo del conflicto en los proyectos de infraestructura y contratos de construcción; y específicamente, en el actual tratamiento contractual de los métodos de resolución de disputas de la última edición del libro rojo de 1999, llamado de Proyecto y Obra, aplicado a los trabajos de ingeniería y construcción donde el riesgo del diseño o proyecto está asignado al propietario de la obra.

La publicación de la vigente edición del libro rojo en 1999 (Granda, 38), introdujo cambios sustanciales, especialmente, en el ámbito de las reclamaciones, discrepancias y arbitraje (Cláusula 20); encaminados a fortalecer la confianza del inversionista y financiadores

(1) Aurora Hernández Rodríguez, *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"* (Granada: Editorial Comares, 1999), 38.



Gustavo Paredes

en la utilización de este modelo para el desarrollo de infraestructura.

Como se descubrirá más adelante, la estructura de este sistema se basa en la funcionalidad de tres entidades o elementos participativos: (i) El Ingeniero, con autoridad en la toma de determinaciones en obra; (ii) el Panel, Junta o Board de Adjudicación de Disputas (en adelante, "DAB"), como órgano decisorio de reclamaciones surgidas de las determinaciones del primero; y finalmente, (iii) los Árbitros, como órgano resolutor definitivo de las disputas derivados de la decisión del DAB.

Entender cómo está diseñado y funciona este sistema de gestión conflictual convencional resulta significativo para entender que la industria de la construcción reclama predictibilidad en el manejo del conflicto, predictibilidad que contribuye a elevar los niveles de confianza del inversionista y que, a su vez, tiene un correlato importante en el crecimiento de los países de economías emergentes como el caso del Perú.

2. El libro rojo FIDIC (edición 1999)

Los modelos contractuales estandarizados son ahora un uso reconocido del comercio internacional en el ámbito de la ingeniería y construcción, ya que es uno de los sectores de la industria que más ha desarrollado esta práctica; pero además la utilización de estos modelos se encuentra reforzado con un proceso de interpretación sistemático de dichos contratos por parte de la actividad arbitral, y en especial, de la proveniente de instituciones como la Cámara de Comercio Internacional y la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (Rodríguez 2006, 9).

La mayoría de estos contratos modelos han sido desarrollados para ser utilizados o al menos para servir de guía a los usuarios en una adecuada y eficiente asignación de riesgos

contractuales del negocio, estableciendo criterios uniformes orientados a la consecución de un contrato óptimo y equilibrado para las partes (Bunni 2005, 3), al asignar los riesgos de manera clara y consecuente con el método de entrega del proyecto, reduciendo costos de transacción para las partes tanto durante la etapa pre contractual como en la de ejecución de la obra; sin embargo, estos contratos modelos no son de aplicación obligatoria sino potestativa y así han sido concebidos y entendidos a nivel internacional.

La industria de la construcción a nivel internacional ha desarrollado contratos modelos, diferenciándola para cada tipo de obra a ejecutar o alcance del método de entrega del proyecto. Por ejemplo, la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) elaboró la llamada "Guía Jurídica de la CNUDMI para la redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Obras Industriales" adoptada en 1988, luego de casi 7 años de trabajo, y que es una guía útil en la elaboración de este tipo de contratos (Rodríguez 2006, 11).

En el Reino Unido se viene utilizando más de cinco formatos: El modelo ICE7 de la Institution of Civil Engineers Conditions of Contracts 7th Edición 1999; la JCT 98 Joint Contracts Tribunal Standard Form of Building Contract 1998; la IFC 98 Joint Contracts Tribunal Intermediate Form of Building Contract; la MW 98 Joint Contracts Tribunal Minor Works Form of Contract y fundamentalmente los formatos NEC New Engineering Contracts⁽²⁾.

(2) Estos modelos contractuales son los siguientes: NEC3 Engineering and Construction Contract (ECC), NEC3 Engineering and Construction Contract Option A: Priced contract with activity schedule, NEC3 Engineering and Construction Contract Option B: Priced contract with bill of quantities, NEC3 Engineering and Construction Contract Option C: Target contract with activity schedule, NEC3 Engineering and Construction Contract Option D: Target contract with bill of quantities, NEC3 Engineering and Construction Contract Option E: Cost reimbursable contract, NEC3 Engineering and Construction Contract Option F: Management contract, NEC3 Engineering and Construction Subcontract (ECS), NEC3 Engineering and Construction Short Contract (ECSC), NEC3 Engineering and Construction Short Subcontract (ECSS), NEC3 Professional Services Contract

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

Este proceso de estandarización se fortaleció gracias a la participación activa del Joint Contracts Tribunal (JCT), entidad creada en 1931 y que por cerca de más de 80 años ha producido formas contractuales estándar, guías y otros documentos de uso general en la industria de la construcción (Rodríguez 2006, 11-12), así como del Technology and Construction Court (TCC).

En el Japón el proceso de estandarización fue el aporte de la Engineering Advancement Association of Japan. Esta institución ha publicado una serie de modelos contractuales con importancia a nivel internacional. Entre estos modelos tenemos el ENAA Model Form-International Contract for Process Plant Construction (Turnkey Lump Sum Basis) publicado en 1992 que revisa de manera general la primera edición del ENAA ModelForm publicado en 1986 (Rodríguez 2006, 12).

En los Estados Unidos de Norteamérica los formatos contractuales más usados son los desarrollados y publicados por la American Institute of Architects (AIA), modelos muy arraigados y utilizados en la mayoría de los grandes proyectos en ese país. Entre algunos de dichos modelos existen el A101-2007 - Standard Form of Agreement Between Owner and Contractor where the basis of payment is a Stipulated Sum, el A107-2007 - Standard Form of Agreement Between Owner and Contractor for a Project of Limited Scope, el B101-2007 - Standard Form of Agreement Between Owner and Architect y el B103™-2007 - SP Standard Form of Agreement Between Owner and Architect for a Large or Complex Sustainable Project.

Asimismo, más de cuarenta de las principales asociaciones que están involucradas en el sector de la ingeniería y construcción unieron esfuerzos para desarrollar y promover contratos estándares de construcción que puedan ser ejecutados eficientemente. El resultado de esto es el denominado Consensus Docs™. Esta unión está destinada a asegurar que los contratos sirvan al mejor interés del proyecto y de la industria.

Entre los modelos más representativos de ConsensusDocs™ están el 200 -Agreement and General Conditions Between

Owner and Constructor (Lump Sum), el 210 - Standard Agreement and General Conditions Between Owner and Constructor for a Public Works Project (Optional Unit Price), el 410 - Agreement and General Conditions Between Owner and Design-Builder (Cost of Work Plus Fee with GMP) y el 500 - Agreement and General Conditions Between Owner and Construction Manager (Where the CM is At-Risk).

Sin embargo, los formatos contractuales más utilizados a nivel internacional son los modelos publicados por la FIDIC, la agremiación profesional de la ingeniería y construcción más prestigiosa del mundo; y, dentro del amplio rango de especialidades -a semejanza de un arco iris- es el libro rojo el más conocido y utilizado a nivel internacional. El libro rojo es aplicado para la ejecución de obras civiles de construcción con diseño elaborado por el propietario o comitente.

Este es el modelo contractual más difundido en la práctica de la industria de la construcción, siendo su última edición la publicada en el año 1999, la cual introduce interesantes cambios que serán analizados más adelante.

Este libro rojo comprende tres series de documentos: (i) El formato de la oferta; (ii) El formato del acuerdo; y (iii) Las condiciones contractuales. Estas últimas están divididas a su vez en dos partes: (iii.1) Las condiciones generales aplicables a todos los contratos, independientemente de las condiciones específicas; y (iii.2) Las condiciones particulares que contienen un grupo de cláusulas que pueden o no ser aplicadas dependiendo de las características del proyecto (Rodríguez 2006,15).

(PSC), NEC3 Professional Services Short Contract (PSSC), NEC3 Term Service Contract (TSC), NEC3 Term Service Short Contract (TSSC), NEC3 Supply Contract (SC), NEC3 Supply Short Contract (SSC), NEC3 Framework Contract (FC), NEC3 Adjudicator's Contract (AC).



Gustavo Paredes

Como se señaló anteriormente, en el ámbito mundial, el libro rojo es el modelo contractual más reconocido y utilizado. El objeto de este modelo contractual no sólo es servir de formato estándar aplicable en la mayor parte de los sistemas legales del mundo, sino, como afirma Tieder: "(...) llegar a convertirse en derecho internacional de la contratación en el sector de la construcción"(Tieder 1998, 575).

La primera edición del libro rojo data de 1957; la segunda, tercera y cuarta fueron en 1969, 1977 y 1987 (reeditada en 1988), con un suplemento publicado en 1992 y otro en 1996. En 1999, la FIDIC publicó el nuevo libro rojo, como se comentará como mayor detalle en este apartado.

El libro rojo está concebido para la ejecución de trabajos de construcción diseñados por el propietario. Este modelo contractual prevé que se adjunte al contrato toda la documentación relativa al diseño y las especificaciones técnicas de la obra, así también se preestablece la forma de determinación del precio. Adicionalmente, se prevé que el propietario cuente con el asesoramiento de un Ingeniero que supervise los trabajos y que autorice los pagos pactados, de acuerdo con el trabajo realizado y su presupuesto de obra. La función del Ingeniero es de un técnico que se vincula con el propietario a través de una relación de agencia (contrato de supervisión).

En la cuarta edición del libro rojo (1987) destaca el procedimiento de solución de controversia regulada por la cláusula 67. En este artículo se describe un procedimiento que exige la participación en primer lugar del Ingeniero en un plazo de 84 días y en caso de desacuerdo la parte que se oponga a esta decisión puede optar por el arbitraje de la International Chamber of Commerce (en adelante, "ICC") en un plazo de 70 días. En esta fase pre arbitral, el Ingeniero cumplía una función adjudicativa, atribución sometida a duras críticas debido a su relación de agencia con el comitente de la obra; por esta razón, fue eliminada esta función del Ingeniero en la última edición de 1999, introduciendo la figura del DAB como receptora de esta atribución dentro del nuevo sistema de gestión del conflicto.

En efecto, con la publicación del libro naranja en 1995 a la participación del Ingeniero se le identificó exclusivamente como representante del propietario. A partir de este momento, los reclamos entre las partes se dirimen a través de un DAB.

Se suprime el recurso previo de la decisión del Ingeniero y se sustituye por la participación del DAB, como condición previa para el inicio del arbitraje. La inclusión del DAB en el sistema de gestión de conflictos generó un cambio en la política de la FIDIC que inspiró sus posteriores reformas.

En los suplementos de los libros rojo y amarillo publicados en 1996 y 1997 respectivamente, se permitió la posibilidad de sustituir la figura del Ingeniero por el DAB y posteriormente con el edición de 1999, el DAB ya forma parte estructural del sistema de gestión conflictual convencional.

3. El sistema de gestión conflictual convencional

El libro rojo FIDIC diseñó etapas o etapas que, adecuadamente ensambladas, conforman un verdadero sistema dirigido a gestionar los conflictos contractuales. En este apartado describiremos las principales modificaciones introducidas en la edición de 1999 del libro rojo, así como el diseño de la cláusula de resolución de conflictos.

3.1. Modificaciones introducidas en la edición 1999

Una práctica histórica en los países del common law que vieron nacer el derecho de la construcción, incluida en la práctica de los modelos contractuales FIDIC anteriores a la ediciones de 1999, fue la participación del Ingeniero en la solución de los reclamos contractuales.

La participación de este Ingeniero en la solución de conflictos era vinculante solo si su decisión era aceptada por las partes del contrato; razón por la que, para la industria fue necesario diseñar la inclusión de métodos subsiguientes y alternativos a los poderes estatales que garanticen una solución definitiva y eficiente del conflicto, y este fue el arbitraje.

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

Sin embargo, pronto el arbitraje comenzó a dar signos de mayor complejidad y demora, que en costo y en tiempo significó un decaimiento de su ventaja comparativa (sin perderla totalmente) con el sistema judicial estatal en la gestión contractual del conflicto (Bowcock 2004, 2), siendo este el origen del cambio de perspectiva en la búsqueda y/o mejoramiento de nuevos métodos alternativos de resolución de conflictos que deberían ser introducidos, una vez más con la intención de reducir los costos y el tiempo en la gestión de las disputas. Entre todos los métodos internacionales más conocidos (conciliación, mediación, mini trials, etcétera) se optó por dar mayor relevancia a la adjudicación⁽³⁾ y las juntas de conflictos.

Por esta razón, a partir de la década de 1990, la FIDIC decidió introducir un innovador método de adjudicación dentro de sus modelos contractuales. Este implicó un cambio sustancial en el papel histórico del Ingeniero en la resolución de conflictos en la construcción, superando las críticas que sobre una de sus funciones se agudizaban.

El Ingeniero en los tradicionales modelos contractuales FIDIC, actuaba originalmente como los siguientes:

- Agente del comitente para la supervisión de la obra.
- Entidad independiente e imparcial en la toma de decisiones pre-arbitrales en la solución de reclamos.
- Consultor entre el comitente y el contratista.

De estos tres roles o funciones del Ingeniero, su actuación como entidad decisoria de reclamos concentró la mayor

cantidad por parte de los contratistas, como se describirá más adelante, que llevó a la FIDIC a replantear su sistema de gestión conflictual, eliminando esta función decisoria del Ingeniero de su modelos, y lo hizo inicialmente con el libro naranja de 1995 y posteriormente en los modelos editados de 1999, entre los que se encuentra el actual libro rojo.

En este contexto, la FIDIC creó e introdujo una nueva entidad experta denominada Dispute Board (en adelante, "DB"), específicamente en la modalidad de un DAB, para la toma de decisiones pre-arbitrales de solución de los reclamos en obra. Esta decisión es de obligatorio e inmediato cumplimiento, sin perjuicio que alguna de las partes notifique su disconformidad y deseo de recurrir al arbitraje en la búsqueda de una solución definitiva, previo agotamiento de la etapa de acuerdo amistoso regulado, en la subcláusula numeral 20.5⁽⁴⁾ de la cláusula 20 de la actual edición del libro rojo.

Siguiendo a Bowcock⁽⁵⁾ las razones que justifican esta innovadora inclusión fueron las siguientes:

- Durante la ejecución de la obra surgen eventos imprevisibles, particularmente cuando se trata con factores físicos tales

(3) En 1996 entró en vigencia en el Reino Unido la Ley de Adjudicación, denominado Adjudication Act, disposición que introdujo legalmente la adjudicación obligatoria para las controversias en construcción, siguiendo los resultados de una encuesta realizada para la industria de la construcción llevada a cabo por Sir Michael Latham de la Reading University, contenido en el denominado LathamReport.

(4) Cláusula 20. Reclamaciones, Discrepancias y Arbitraje
"(...)
20.5 Acuerdo Amistoso

En el caso de que se remita una notificación de disconformidad en virtud de lo dispuesto en la Subcláusula 20.4, ambas Partes deberán intentar solucionar el conflicto amistosamente antes de comenzar el procedimiento de arbitraje. Sin embargo, salvo pacto en contrario, el procedimiento de arbitraje puede iniciarse a partir del día 56, contado desde la fecha en la que una de las partes remitió la notificación de disconformidad, incluso aún no se hubiera intentado alcanzar un acuerdo amistoso. (...)". Federación Internacional de Ingenieros Consultores. "Libro rojo", Condiciones de la Contratación para la Construcción (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, 1999), 80.

(5) Cónfer. Bowcock, Dispute Boards and Their Benefits: Seminar of the Resolution of Disputes under International Construction Contracts.



Gustavo Paredes

como las condiciones geológicas del suelo o el clima; y ello requiere de una evaluación y decisión técnica oportuna.

- De igual manera, durante la ejecución de la obra suele confrontarse técnicamente in situ las especificaciones del diseño, y, en muchos casos existen incompatibilidades o insuficiencias que requieren nuevos diseños y nuevos procedimientos de construcción, y cuyas discrepancias deben ser resueltas oportunamente.
- Los contratos de construcción son complejos y a menudo involucran interrelaciones cercanas con otras partes sobre las cuales no puede ser posible el control directo y los DB ofrecen una mejora sustancial en el manejo de tales relaciones.
- La participación de contratistas con márgenes de ganancia muy pequeños en los procesos de licitación, genera una tendencia de entender y usar al reclamo como el medio natural de compensar el equilibrio financiero, por ello los DB surgen como un mecanismo eficiente de filtro de un reclamo ilegítimo.

Estas razones ofrecen una ventaja comparativa al uso del DAB con la función que ejercía el Ingeniero en la edición anterior del libro rojo. Actualmente, el mecanismo operativo del DAB se encuentra incorporado en la cláusula 20 del modelo estándar de la edición 1999 del libro rojo FIDIC, específicamente en las subcláusulas 20.2, 20.3, y 20.4.

3.2. Diseño de la cláusula de resolución de conflictos

En la edición de 1999 del actual libro rojo FIDIC, el método arbitral es la etapa final en el renovado sistema de gestión conflictual convencional desarrollado como parte de la cláusula 20 referido a "Reclamación, Conflictos y Arbitraje" de la siguiente manera:

- a. Subcláusula 20.1 : Reclamaciones
- b. Subcláusula 20.2 al 20.4 : DAB
- c. Subcláusula 20.5 : Procedimiento de solución amigable
- d. Subcláusula 20.6 al 20.8 : Arbitraje

Este sistema de gestión conflictual convencional en la solución de disputas bajo la edición 1999, concibe un sistema de múltiples etapas o pasos escalonados:

a) "Primera etapa: Determinativa
Esta primera etapa se inicia con la presentación de un pedido contractual, presentado generalmente por el contratista y que es aprobado o no aprobado por el Ingeniero a través de una determinación y que algunas de las partes desean cuestionar.

b) Segunda etapa: Conflicto
Esta segunda etapa se inicia con la presentación de un reclamo formal al DAB para su decisión bajo la cláusula 20, por cualquiera de las partes, generalmente el contratista, derivado de un pedido rechazado o no aprobado por el Ingeniero.

El DAB notifica a las partes su decisión dentro de los 84 días posteriores al sometimiento de tal reclamo, adjudicando un resultado.

Si una de las partes está insatisfecha con la decisión o si el DAB incumple con emitir una decisión dentro del plazo establecido, entonces notifica a la contraparte (dentro de los 28 días posteriores) su insatisfacción o disconformidad y deseo de someterse al procedimiento de trato amigable; caso contrario, la decisión del DAB se convierte en final y vinculante.

c) Tercera etapa: Acuerdo Amistoso
Cuando una parte ha sido notificada acerca de la insatisfacción o disconformidad de la otra por la decisión, ambas partes tienen, a partir de la fecha de dicha notificación, 56 días para intentar una solución amigable, caso contrario se continúa con la siguiente etapa.

d) Cuarta etapa: Arbitraje Internacional
Cualquier disputa que no haya sido

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

resuelta bajo trato directo o acuerdo amistoso, será final y definitivamente resuelta bajo arbitraje internacional.”

De esta manera, en la concepción FIDIC, el camino para llegar al arbitraje es residual⁽⁶⁾; es decir, una disputa bajo este sistema de gestión conflictual sólo puede ser sometida a arbitraje siempre que las partes hayan cumplido y agotado las etapas descritas en la cláusula 20, tal como se aprecia de la redacción del primer párrafo de la subcláusula 20.6:

“Salvo que se resuelva amistosamente, cualquier conflicto con respecto al cual la decisión del DAB (en su caso) no ha llegado a ser definitiva y vinculante, deberá resolverse finalmente a través de un procedimiento de arbitraje internacional”⁽⁷⁾.

De este primer párrafo se aprecia claramente que lo único que puede ser sometido a arbitraje es un conflicto que ha sido sometido previamente al DAB para su decisión y que no ha llegado a ser una decisión final y vinculante; y no la decisión misma. Este es un punto relevante para entender que la arbitraje no es una instancia de revisión de la decisión, sino deliberativa de la controversia.

El carácter residual del arbitraje condiciona la competencia de los árbitros para conocer y resolver cualquier de reclamación que no haya agotado la etapa de adjudicación, sin el consentimiento de las partes⁽⁸⁾; de otro modo los árbitros excederían sus atribuciones, y un juez podría anular su laudo o rechazar su reconocimiento⁽⁹⁾. El agotamiento de estas etapas escalonadas constituye una condición de arbitrabilidad, que emerge del acuerdo contractual.

Por otro lado, la remisión de la cláusula 20 a un arbitraje internacional bajo las reglas de la ICC, salvo acuerdo en contrario, la convierte en una cláusula autosuficiente para garantizar predictibilidad en su plena aplicación. Así la subcláusula 20.6 declara lo siguiente:

“Salvo que se acuerde de otro modo entre ambas partes:

- a) El conflicto será resuelto finalmente de acuerdo con las Normas de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio,
- b) El conflicto será resuelto por tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas Normas”⁽¹⁰⁾.

En lo que respecta a las disposiciones específicas contenidas en la subcláusula 20.6 del modelo de la cláusula arbitral, se precisan lo siguiente:

“El o los árbitros tienen plenos poderes para reabrir, analizar y revisar cualquier certificado, decisión, instrucción, opinión o valoración del Ingeniero, así como cualquier decisión del DAB, con relación al conflicto”⁽¹¹⁾.

Se aprecia que los árbitros no están limitados por ninguna acción o determinación del Ingeniero o decisión del DAB emitidos durante

(6) Christopher Seppälä, FIDICS's New Standard Forms of Contract— Force Majeure, Claims, Disputes And Other Clauses (Reino Unido: HH Lloyd QC & Douglas S. Jones, 2014).

(7) Federación Internacional de Ingenieros Consultores. “Libro rojo”, Condiciones de la Contratación para la Construcción (Federación Internacional de Ingenieros Consultores, 1999), 80.

(8) Cónfer. Seppälä 2004. Apunta que una vez que un arbitraje ya se encuentra en camino y se han firmado los Términos de Referencia, el demandante no podrá someter a arbitraje otras reclamaciones que no hayan pasado a través del DAB (Cláusula 20).

(9) Este juez puede ser del país donde se lleva a cabo el arbitraje, o aquellos Tribunales de cualquier país donde se busca el reconocimiento y ejecución de laudo extranjero, conforme al Convenio de Nueva York.

(10) Federación Internacional de Ingenieros Consultores. “Libro rojo”, Condiciones de la Contratación para la Construcción, 80.

(11) *Supra* nota 10.



Gustavo Paredes

la ejecución de la obra. Los árbitros tienen absoluta y completa libertad para resolver el conflicto sometido por las partes, independientemente del sentido de la opinión, instrucción del Ingeniero o decisión que el DAB haya declarado.

El libro rojo FIDIC siempre admitió la posibilidad que el Ingeniero pueda ser llamado como testigo y presentar evidencia ante los árbitros, debido a su intermediación directa con la ejecución de la obra; sin embargo, en la actual cláusula 20 no se establece de manera expresa ello para los miembros del DAB, pero tampoco existe prohibición expresa para excluirlos, por lo que podrían ser presentados, si ello contribuye a generar mayor convicción a los árbitros dado su conocimiento contemporáneo de los hechos que rodean la controversia, pero ello dependerá del acuerdo de las partes.

“Ninguna de las partes se verá limitada en el procedimiento ante él o los árbitros a presentar pruebas o argumentos previamente presentados DAB para obtener su decisión, o a los motivos de disconformidad indicados en su notificación a este respecto (...)”⁽¹²⁾.

Esta disposición refleja el carácter flexible y no formal del derecho irrestricto de las partes para presentar nuevos argumentos y/o pruebas relacionadas con la disputa, no existiendo limitación contractual alguna, todo esto en aras de una justa solución del conflicto.

“Cualquier decisión del DAB será admisible como prueba en el procedimiento de arbitraje (...)”⁽¹³⁾.

Esta es una disposición permisiva importante, ya que el DAB al estar integrado por profesionales expertos vinculados con la actividad de la ingeniería y construcción, pero además independientes a los intereses de las partes, designados con el consentimiento de éstas, sus decisiones no deberían ser rechazados de plano en un procedimiento arbitral, por contener aquellos un análisis técnico contemporáneo del conflicto cuya trascendencia debe ser evaluada por los árbitros.

“El procedimiento de arbitraje puede iniciarse antes o después que se terminen las obras. Las obligaciones

de las Partes, del Ingeniero y del DAB no serán alteradas por el hecho que de algún procedimiento de arbitraje se esté llevando a cabo durante la ejecución de las obras”⁽¹⁴⁾.

Esta disposición es exigencia de la propia industria de la construcción en consonancia con la búsqueda constante de la eficiencia en la administración de las disputas contractuales. A manera de antecedente, existe una diferencia en el tratamiento del inicio del arbitraje en la primera y la segunda edición del libro rojo FIDIC. En estas primeras ediciones, el contratista no tenía derecho a comenzar el arbitraje hasta después que la terminación de las obras o, hasta la alegada terminación de las obras, excepto en ciertos casos muy limitados. Esta restricción fue eliminada con la tercera edición del libro rojo en 1977, y desde entonces, cada parte es completamente libre de solicitar el inicio del arbitraje, siempre que se hayan cumplido con los pasos previos descritos.

Adicionalmente, se precisa que las obligaciones de las partes, del Ingeniero y del DAB no serán alteradas en razón del inicio de cualquier arbitraje conducido durante la ejecución de las obras. De acuerdo con esto, las partes continúan obligadas a cumplir con sus obligaciones, independientemente del inicio o trámite de un arbitraje. De este modo, se evita que el contratista suspenda la ejecución de la obra por haber iniciado un arbitraje, así como el comitente tampoco retenga el pago al contratista con esta misma razón.

Para terminar con este diseño del sistema de solución conflictual, dos precisiones finales:

La subcláusula 20.7 está referida a la excepcional posibilidad de las partes de

(12) Federación Internacional de Ingenieros Consultores. “Libro rojo”, Condiciones de la Contratación para la Construcción, 80.

(13) *Supra* nota 12.

(14) *Supra* nota 12.

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

recurrir directamente al arbitraje, sin tener que agotar las etapas previas, sólo y únicamente en el caso que una de las partes incumpla o no haya notificado su disconformidad respecto de una decisión final y vinculante emitida por el DAB, dentro del plazo previsto; esto es un mecanismo muy importante que fortalece el DB, por ser identificado como una condición de arbitrabilidad.

Por otro lado, conforme a la subcláusula 20.8, después de concluida las funciones del DAB, las partes pueden acceder directamente al arbitraje para la solución de los conflictos derivados de la ejecución de la obra.

4. El procedimiento pre arbitral

El procedimiento pre-arbitral descrito como parte del sistema de gestión conflictual convencional objeto de este trabajo se instituye como aquel mecanismo obligatorio que debe agotarse antes de acudir o iniciar un arbitraje.

En el modelo contractual del libro rojo FIDIC edición 1999, este procedimiento es consubstancial a la construcción y eficiencia de todo el sistema de gestión conflictual convencional.

En los contratos modelo FIDIC, las partes deben agotar rigurosamente los siguientes procedimientos contractuales⁽¹⁵⁾, como se describen a continuación:

- a) El procedimiento de reclamación contractual del contratista

La subcláusula 20.1 establece el siguiente procedimiento:

Si el contratista considera que tiene derecho a una ampliación del plazo de entrega de obra y/o a un pago adicional, deberá notificar al Ingeniero tal reclamo tan pronto como sea posible y dentro de los 28 días siguientes de producida la causal o desde que tomó conocimiento de tal ocurrencia o circunstancia, dando lugar a la reclamación.

El contratista sólo tiene que presentar por escrito una notificación escueta dentro del referido plazo, no necesita mencionar el monto o el tiempo reclamado, su base contractual del reclamo, ni presentar ningún documento de sustento, el detalle es presentado posteriormente; de lo contrario, si el contratista no comunica o notifica tal reclamación dentro del plazo previsto, el contratista no solo no tendrá derecho a la ampliación o extensión de plazo o a cualquier pago adicional, sino que al comitente se le absolverá de toda responsabilidad con relación a la reclamación⁽¹⁶⁾.

Dentro de los 42 días siguientes a que el contratista dio o debió dar cuenta de la ocurrencia o circunstancia generadora del reclamo, debe presentar al Ingeniero una reclamación formal y sustentada que incluya los pormenores de la reclamación. Si la ocurrencia o circunstancia que da lugar a la reclamación tiene un efecto continuo en el tiempo deberá cumplir con procedimientos adicionales⁽¹⁷⁾.

Dentro de los 42 días después de haber recibido la reclamación sustentada, el Ingeniero debe pronunciarse por la aprobación o su desaprobación, o puede exigir previamente cualquier información adicional relevante a su pronunciamiento.

Luego de planteada las reclamaciones, el Ingeniero procederá conforme con la subcláusula 3.5, que dispone lo siguiente:

“Cuando estas Condiciones dispongan que el Ingeniero proceda de conformidad con

(15) La práctica arbitral de la ICC también se manifiesta en este sentido, como ocurre en el laudo del caso N° 6535/1992.

(16) Cónfer. Subcláusula 20.1 de la edición 1999 del Libro Rojo. Federación Internacional de Ingenieros Consultores. “Libro rojo”, Condiciones de la Contratación para la Construcción, 76.

(17) Cónfer. Subcláusula 20.1 (a), (b) y (c) de la edición 1999 del Libro Rojo. Federación Internacional de Ingenieros Consultores. “Libro rojo”, Condiciones de la Contratación para la Construcción, 76-77.



Gustavo Paredes

esta subcláusula 3.5 para acordar o determinar cualquier tema, el Ingeniero consultará con cada parte en un esfuerzo para alcanzar un acuerdo. Si no se alcanza un acuerdo, el Ingeniero tomará una determinación justa de conformidad con el contrato, tomando debida atención de todas las circunstancias relevantes.

El Ingeniero notificará a ambas partes cada acuerdo aceptado o determinación, notificación que irá acompañada de documentos de sustento. Cada parte hará efectiva cada acuerdo aceptado o determinación, a menos y hasta que sean revisadas de acuerdo con la cláusula 20 (Reclamaciones, Conflictos y Arbitraje)⁽¹⁸⁾.

Esta subcláusula dispone que el Ingeniero deberá, después de consultar con cada parte, hacer un esfuerzo por alcanzar un acuerdo, caso contrario, emite una determinación final.

b) El procedimiento de reclamación contractual del propietario

Este procedimiento es una de las innovaciones que introdujo la edición 1999 del libro rojo y regula aquello que puede realizar el propietario según la subcláusula 2.5.

Conforme a esta disposición, si el propietario considera que tiene derecho a un pago basado en el contrato y/o una prórroga para la notificación de defectos de obra debe comunicárselo al contratista detallando las circunstancias que le facultan a ello y los detalles relativos a la base legal y/o contractual de la reclamación.

Así, el procedimiento previsto en la subcláusula 2.5 de la edición 1999 del libro rojo contiene una vía de reclamación para el propietario que, en definitiva, resguarda sus derechos frente a actos arbitrarios de la contraparte. La mencionada cláusula exige que el propietario notifique al contratista, tan pronto sea posible, de algún evento acreditado, acontecimiento o circunstancia que sustenta su derecho a algún pago u obligación de cargo de aquel. La notificación deberá cumplir con las condiciones de la subcláusula 1.3, esto es, por escrito y apropiadamente entregada, etc.

Por lo tanto, la subcláusula 2.5 impone un procedimiento de reclamación para el propietario de cumplimiento riguroso,

en resguardo o prevención de cualquier acto arbitrario en su perjuicio por parte del contratista.

c) La determinación de la controversia

En el sistema de resolución de controversias de la edición 1999 del libro rojo, verificado el cumplimiento de los requisitos previos al inicio del procedimiento pre-arbitral, puede avanzarse un paso más hacia la intervención del DAB. Para ello se requiere que exista una controversia entre las partes, entendida ésta como toda diferencia derivada de la obra o de la ejecución contrato.

La existencia de una controversia es un presupuesto esencial que determina la puesta en marcha del procedimiento arbitral previsto en la cláusula 20. Es decir, de no existir tal, no es posible recurrir a la cláusula 20 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del libro rojo.

De este modo habrá que necesariamente calificar la diferencia surgida para canalizarla por la vía adecuada. Si se trata de una reclamación o en su caso una disputa, habrá que acudir a los procedimientos contractuales previstos para cada uno de ellos.

En todo caso, la relación de subsidiariedad entre los procedimientos de reclamación contractual y la vía pre arbitral de la cláusula 20 queda confirmada en la práctica arbitral; ya que ante una reclamación, existe la obligación de iniciar los mecanismos contractuales previstos para tales circunstancias, de otro modo, si llegase una reclamación al DAB que no ha seguido el procedimiento contractual, éste deberá declinar el ejercicio de la función adjudicativa. Excepcionalmente, solo en los casos en que la reclamación no haya podido

(18) Federación Internacional de Ingenieros Consultores. "Libro rojo", Condiciones de la Contratación para la Construcción, 16.

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

seguir el procedimiento contractual se puede acudir a esta vía pre arbitral lo cual debe ser definido por el DAB.

En conclusión, la existencia de una controversia derivada de un reclamo es un presupuesto necesario para poder acudir al procedimiento pre-arbitral de la cláusula 20. De no ser así, el DAB no podrá ejercer su atribución adjudicativa para conocer y decidir la controversia.

Cumplidos los requisitos previos, cualquiera de las dos partes estará en aptitud para iniciar el procedimiento pre-arbitral, el cual presenta las siguientes etapas:

a) La obligación de sometimiento de la controversia

El texto de la edición 1999 del libro rojo obliga a someter la controversia, por escrito e invocando expresamente la subcláusula 20.4 al DAB, con copia para las partes. No obstante, las controversias surgidas una vez disuelto el DAB deben someterse directamente al arbitraje⁽¹⁹⁾.

b) La adopción de la decisión

A partir del momento en que se notifica la controversia, el DAB cuenta con un plazo de 84 días para emitir su decisión, que deberá comunicar por escrito a las partes⁽²⁰⁾. Para la toma de decisión por parte del DAB, existe una reglamentación detallada, exigiéndose que además la decisión sea razonada, con audiencia de las partes y pronunciándose sobre sus alegaciones. Este estándar supera el esquema que se mantenía con la edición 1987 del libro rojo en la que participaba el Ingeniero.

Una vez dictada la decisión, deberá notificarse a las partes, a partir del cual su cumplimiento es inmediato y además definitivo, si transcurrido un plazo de 28 días ninguna de las partes manifiesta su disconformidad. La reducción de

este plazo en comparación con la edición contractual anterior, denota la intención de la FIDIC de convertir esta vía en mucho más expeditiva⁽²¹⁾.

La decisión del DAB se hará efectiva de manera inmediata pero transitoriamente hasta la emisión del laudo arbitral (Seppälä 1986, 329.), con lo que el contratista debe continuar con la ejecución de la obra con la debida diligencia según las disposiciones del contrato.

c) Negociaciones para una solución amistosa previas al arbitraje

Previo al inicio del arbitraje se describe un procedimiento diseñado de tres pasos:

- El primero es la notificación oportuna a la otra parte de la intención⁽²²⁾ de someter el conflicto al arbitraje.
- El segundo es el período mínimo obligatorio de negociaciones para alcanzar una solución amistosa, después del cual cada parte es libre de someter el conflicto a arbitraje.
- El tercero es la iniciación efectiva del arbitraje.

La exigencia de la solución amistosa se encuentra expresada en la subcláusula 20.5 de la edición 1999 del libro rojo, para ello se cuenta con un plazo de 56 días, luego de lo cual se está en capacidad para el iniciar el proceso arbitral.

(19) Cónfer. Federación Internacional de Ingenieros Consultores. "Libro rojo", Condiciones de la Contratación para la Construcción, 81. Subcláusula 20.8 de la edición 1999 del Libro Rojo.

(20) No obstante, nada impide que las partes pacten, de mutuo acuerdo, un plazo distinto, conforme a la sub cláusula 20.4, apartado 4º de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo.

(21) Bajo el esquema de la anterior edición (1987) el plazo era de 70 días.

(22) La parte debe comunicar a la otra y al DAB su intención de acudir al arbitraje, sin que sea necesario, presentar una solicitud formal de iniciación de un procedimiento arbitral. De modo que el requisito exigido se refiere a la manifestación de la seria intención de acudir al arbitraje y no, desde luego, a una solicitud formal.



Gustavo Paredes

4.1. El Ingeniero como autoridad en obra: Funciones y principales críticas

El Ingeniero ejerció una función de gran importancia en los modelos contractuales FIDIC hasta antes de la publicación de la edición de 1999 del actual libro rojo. En efecto, la cláusula 67 de la edición de 1987 del libro rojo estableció como funciones del Ingeniero no sólo la supervisión técnica de la obra, su consultoría sino también desarrolló una función decisoria en la solución de reclamos en obra.

De este modo, surgido el reclamo, su destino era decidido por el Ingeniero, como condición necesaria para poder acudir al arbitraje. Como bien refiere Reig Fabado, esta situación fue cuestionando el deber de imparcialidad que esta entidad debía tener en la gestión del conflicto, el cual fue materia de una crítica severa por parte la doctrina internacional (Reig 2003, 533) como Rubino-Sammartano, Nicklisch, Lyon, Kendall, Hochuli, Einbinder, Poetis, etcétera; que llevó al punto que en las últimas ediciones de los contratos modelos FIDIC se suprima definitivamente esta función, sustituyéndola por las funciones del DAB. Actualmente, el Ingeniero ya no participa en forma decisoria dentro del nuevo esquema del sistema de gestión conflictual convencional.

Como se ha mencionado, de los roles que ejerció el Ingeniero en el esquema de gestión conflictual anterior a la edición de 1999 del libro rojo, su actuación como entidad decisoria de reclamos concentró la mayor cantidad de críticas por parte de los contratistas, en dos puntos centrales:

- Su condición de entidad independiente e imparcial dada su relación de agencia con el comitente. No era admisible, su condición de juez y parte en la solución de los reclamos en obra.
- La inobservancia o desatención al principio de contradicción al momento de decidir sobre la procedencia del reclamo.

Con relación a su independencia e imparcialidad: La base central de esta crítica fue que como es la práctica usual en la industria de la construcción, el propietario es quien contrata los servicios del Ingeniero, cuyas cualidades de experiencia y técnica deban ser iguales o superiores a las del contratista, para que se encargue de su supervisión; y en tal sentido ejerce la representación del propietario para hacer cumplir el contrato y la correcta ejecución técnica de la obra. Adicionalmente, a

esta función se le asignó facultades decisorias de reclamos en los modelos FIDIC.

En este último caso, fue evidente el agravio al principio de imparcialidad ya que el Ingeniero concentró las figuras de Juez y Parte. Un sector de la doctrina internacional, la cual no es compartida en consenso, ha llegado, incluso, a ver un lado positivo a esta situación, ya que señalan que es una buena ocasión para que el Ingeniero revise la determinación que tomó en primer término, contando con más argumentos para ello. Así, suponen que el Ingeniero es el que mejor conoce el problema porque fue quien emitió una decisión (Seppälä 1986, 43-127); sin embargo más allá de esta posición, lo cierto es que no existe entidad imparcial en la solución de la reclamación planteada y ello es fundamental para legitimar cualquier método de solución de disputas.

El DAB sí satisface este principio de imparcialidad; quien decide ahora es un órgano imparcial igualmente experto. Las críticas sobre falta de imparcialidad del Ingeniero para resolver disputas decantaron en la eliminación de esta función, llegando a calificarla como una función inaceptable (Reig 2003, 533), por la relación de agencia con su contratante (el comitente), la cual traslucía una manifiesta alineación de intereses con su mandante. Como parte de esta relación de agencia existieron manifestaciones como las relacionadas con el pago de su retribución; el interés de largo plazo del Ingeniero vinculado con el aseguramiento de subsiguientes nombramientos por parte del comitente, que imprimían un sesgo de parcialidad a favor del comitente en la solución de conflictos, que era difícil de entender, más aún cuando en determinadas controversias se involucraban sus propios defectos o incumplimientos, por ejemplo en la entrega tardía de planos, instrucciones erróneas, etcétera.

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

La crítica no sólo surgió del lado del contratista sino también del lado de los comitentes o propietarios de obras. Estos manifestaron estar preocupados por la relación demasiado cercana entre el contratista y el Ingeniero, particularmente en los proyectos internacionales en los que ambos tenían la misma nacionalidad. Los comitentes, correcta o incorrectamente, tenían la impresión que el Ingeniero actuaba de forma demasiado generosa en la administración del contrato en reclamos de ampliaciones de plazo o adicionales de obras⁽²³⁾.

Con relación a la inobservancia del principio de contradicción: Como bien señaló Seppälä, la cláusula 67 de la edición de 1987 del libro rojo no reguló el modo a través del que el Ingeniero debería emitir su decisión, señalando que en muchos casos dictaba su decisión sin conceder audiencia a las partes y sin aceptar sus alegaciones, no respetándose así los principios de audiencia y contradicción (Seppälä 1986, 379).

Sin embargo, a partir de la edición de 1999 del libro rojo, las críticas orientadas a mejorar y lograr un sistema de gestión conflictual convencional más eficiente, lograron resultados positivos, y con ello incrementando la confianza de los actores del negocio de la construcción.

4.2 El DAB: Conformación, nombramiento y finalidad

El DAB es un método in situ e institucionalizado de resolución de controversias para grandes proyectos de construcción de mediano o largo plazo (Wöss 2006, 12). Son mecanismos de Alternative Dispute Resolution (ADR), que si bien se acercan en su configuración al arbitraje, tiene características o particularidades que la distinguen.

Wöss lo define como un método continuo, regular y eficiente para solucionar problemas durante la ejecución del proyecto. Es continuo porque generalmente sigue el proyecto desde su inicio hasta el fin. Es regular porque requiere que los expertos visiten el sitio de la obra periódica o regularmente, siendo testigo así del progreso de los trabajos, discutiendo controversias potenciales, escuchando reclamos, preparando informes o respuestas a consultas durante el curso del proyecto. Es eficiente por la atractiva relación costo, tiempo y

beneficio, en comparación con otros sistemas de solución de controversias⁽²⁴⁾.

La participación del DAB como entidad relevante en la estructura medular de este nuevo sistema de gestión conflictual convencional ayuda a mantener una relación comercial sana y pacífica entre las partes⁽²⁵⁾. En efecto, la rápida solución de controversias sin crear una posición hostil entre las partes⁽²⁶⁾, resulta imperativo para ahorrar costos y evitar efectos secundarios sobre relaciones comerciales entre el propietario o comitente de la obra y sus contratistas. Finalmente, por ser un procedimiento ADR, se caracteriza por su flexibilidad y poca rigidez, orientada hacia un resultado aceptable para ambas partes del conflicto, sin llegar a la mediación o conciliación.

Los DAB se trata de paneles, juntas, comités o como se les denomine que sobre la base de un procedimiento contractual, independiente e imparcial, resuelven controversias en y durante la ejecución de la obra, y cuya decisión es obligatoria y final para las partes en tanto decidan no recurrir al arbitraje, en cuyo caso se convierten en una vía previa e imperativa a ser agotada.

La alternativa propuesta por la FIDIC en cuanto a los DB fue un cambio acertado, ayuda a corregir el desequilibrio a favor del comitente que se mantuvo por largo tiempo bajo la cláusula 67 de la edición 1987 del libro rojo.

En suma, la experiencia y especialidad del DAB ofrece predictibilidad, neutralidad y objetividad, y con ello mayor eficiencia en la gestión del conflicto en los contratos de ingeniería y construcción.

(23) Cónfer. *Supra* nota 6.

(24) Cónfer. Wöss 2000: Pauta 15.

(25) *Supra* nota 24.

(26) Cónfer. Wöss 2000: Pauta 12.



Gustavo Paredes

Los miembros del DAB son expertos conocedores de la materia objeto de conflicto. Generalmente son ingenieros pero nada impide que se nombren abogados, si las necesidades así lo requieren. Este órgano estará constituido por un número impar de expertos que podrá ser de uno o tres⁽²⁷⁾. Si las partes no lo han especificado expresamente se dispone que sean tres⁽²⁸⁾. La FIDIC aconseja que el número de miembros esté en función de la magnitud o volumen económico del proyecto. En este sentido, sugiere que cuando la cuantía supere los 25 millones de dólares se nombren tres y que se designe uno cuando se sitúe por debajo de 20 millones de dólares⁽²⁹⁾.

El nombramiento del DAB se realiza de común acuerdo por las partes, si se trata de un miembro único. Cuando esté compuesto de tres personas, cada una de ellas deberá ser nombrada por una parte y contar con la aprobación de la otra. Finalmente, el Presidente será elegido de común acuerdo por los dos miembros del DAB.

Para el caso que las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del DAB, será de responsabilidad de la institución acordada para tal efecto en las condiciones particulares del contrato⁽³⁰⁾.

La selección de los miembros del DAB, al igual que en el caso del arbitraje, es fundamental para garantizar la calidad de la decisión. La designación inicial de las personas que deberán formar parte del DAB es particularmente importante en la medida que, una vez seleccionadas, los miembros no pueden ser cambiados sin el acuerdo de las partes; de este modo, en un proyecto de gran importancia, los miembros del DAB pueden estar en su cargo por muchos años dependiendo del plazo de ejecución del proyecto.

Cada una de las partes necesita investigar a fondo la formación y la experiencia de todos los candidatos al DAB y no sólo al candidato que propone la parte, debido a que cada parte debe

aprobar a todos los miembros, ya que una mala designación puede bloquear o retrasar el trabajo del DAB, justamente porque se requiere del consentimiento de ambas partes para su sustitución.

En suma, el DAB busca entonces dotar de mayor eficiencia en el manejo de los conflictos contractuales en el sector de la construcción. Lo que las partes contratantes buscan es un mecanismo eficiente de solución de controversias no sólo que lo consideren justo y predecible sino que produzcan decisiones rápidas y concretas; especialmente si se trata de grandes proyectos de construcción.

4.3 Análisis comparativo de la participación del Ingeniero (edición 1987) y el aporte de eficiencia del DAB (edición 1999)

En el caso de los formatos contractuales FIDIC y específicamente los referidos a las diferentes ediciones del libro rojo, es importante tener en claro que la edición posterior no deroga (o mejor dicho, inutiliza) la anterior. Esto no sucede así, las partes pueden y tienen absoluta libertad para usar la edición que deseen utilizar para sus proyectos. Es por ello que aún es útil hacer un análisis comparativo entre una edición y otra, y especialmente comparándola con la última para conocer su ventajas.

A continuación se desarrollará un análisis comparativo entre la edición de 1987 y la 1999; sin dejar de señalar que desde una perspectiva procedimental, el sistema pre-arbitral de resolución de controversias FIDIC, mantiene

(27) Cuando se trata de un solo miembro, éste recibe el nombre de Adjudicator (cláusula 20.2 apartado 5 de las condiciones generales de la edición 1999 del Libro Rojo). Cónfer. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 77.

(28) Cláusula 20.2 apartado 2 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo. Cónfer. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 77.

(29) De acuerdo a lo señalado en la explicación de la subcláusula 20.2 de la Guía de Contratos FIDIC. Cónfer. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 2000: 77.

(30) Subcláusula 20.3 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo. Cónfer. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 78.

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

una estructura similar, por ello una descripción conjunta y comparativa de ambos procedimientos tanto bajo la antigua cláusula 67 de la edición de 1987 y la cláusula 20 de la edición de 1999 del libro rojo, facilita el análisis y la identificación de los aportes de eficiencia en la gestión del conflicto.

a) Procedimientos con participación del Ingeniero en ediciones previas a la de 1999

Las ediciones previas a 1999 refieren directamente a aquellas del libro naranja de 1995 y a los suplementos de los libros rojo y amarillo de 1996 y 1997 respectivamente, con que se dio inicio al cambio de este nuevo sistema pre arbitral.

De surgir alguna controversia, cualquiera de las partes podía remitir al Ingeniero la solución de tal disputa a través de una decisión, conforme a la cláusula 67 de la edición 1987 del libro rojo. Esta cláusula exigía al Ingeniero emitir una decisión dentro de los 84 días posteriores a la recepción del reclamo. Esta cláusula ofreció una oportunidad más para que este revise sus hallazgos anteriores, con un punto de vista crítico más amplio de la situación, en base a mayor sustento adicional suministrado por las partes.

En la eventualidad que alguna de las partes esté insatisfecha con la decisión del Ingeniero, o si esta decisión no se hubiese emitido dentro del plazo contractual, entonces cualquiera de las partes tenía el derecho de iniciar el arbitraje.

Una característica particular de la edición 1987 del libro rojo fue la introducción de una subcláusula (67.2) que exigía a las partes que después de rechazar una decisión del Ingeniero y antes de comenzar un arbitraje, se intentaría solucionar amigablemente los conflictos dentro de un período de 56 días. El propósito era que las partes realicen un intento final para resolver su conflicto antes de iniciar el arbitraje.

b) Procedimiento con participación del DAB en la edición 1999

El sometimiento del conflicto a un DAB permanente, conforme con el procedimiento establecido en la cláusula 20 de las condiciones del contrato se ciñe a las siguientes etapas:

- Las partes nombran al DAB dentro de los 28 días posteriores a la fecha de comienzo del contrato. En caso de estar compuesta por tres personas, cada parte designa a un miembro para que sea aprobado por la otra parte. En consulta conjunta con estos dos miembros, las partes acuerdan posteriormente el nombramiento de un tercer miembro que actuará como presidente.
- Si surge un conflicto (Seppälä, 970)⁽³¹⁾, cualquiera de las dos partes puede someter por escrito (Seppälä, 972)⁽³²⁾ la disputa al DAB para que este emita su decisión (Seppälä, 972)⁽³³⁾ en un plazo de 84 días, salvo modificación contractual.
- La decisión del DAB es de inmediato y obligatorio cumplimiento para las partes, bajo causal de imputársele incumplimiento de contrato, a menos –claro está- que sea revisada mediante una negociación amistosa o por un laudo arbitral.
- Después notificada la decisión, cada parte tiene 28 días para emitir una notificación de disconformidad. Si no se emite dicha

(31) Tal como afirma Seppälä, no es suficiente que el comitente o el contratista hayan presentado una reclamación contra el otro. Es necesario que exista el “conflicto” entre las partes en relación con el contrato. Existe un conflicto, cuando el contratista ha formulado una reclamación que el ingeniero o el comitente han rechazado. Es importante la exigencia de la existencia de un conflicto, de otro modo no puede haber un sometimiento válido al DAB y, por lo tanto, ningún sometimiento válido a arbitraje.

(32) Esto es particularmente importante, como bien apunta Seppälä, ya que dicha forma escrita de sometimiento de un conflicto al DAB, define el ámbito de sus atribuciones; y, en el caso de un arbitraje posterior, el ámbito de su competencia. Debido a esto, los árbitros sólo pueden asumir jurisdicción sobre un conflicto que ha sido previamente sometido al DAB, el cual no debe exceder el ámbito del conflicto sometido al DAB para su decisión.

(33) Cuando el DAB conste de tres miembros, las decisiones serán tomadas por mayoría.



Gustavo Paredes

notificación, la decisión del DAB se convierte en definitiva y vinculante. Cuando se emite la notificación, el conflicto es manejado inicialmente mediante una negociación amistosa, y si fracasa este intento, se soluciona a través del arbitraje.

De esta manera, las condiciones del libro rojo establecen ciertas normas de procedimiento que se deben aplicar a las operaciones del DAB, sin perder flexibilidad, en la medida que actúe justa e imparcialmente, que es lo que se espera de ella. Al DAB se le exige que llegue a decisiones basadas en el contrato, no pudiendo intentar solucionar estos conflictos fuera de los términos de aquel.

c) Procedimientos escalonados

La cláusula 67 de la edición 1987 del libro rojo previó un sistema escalonado en la resolución de controversias: En el primer escalón, se ubicó la función adjudicativa del Ingeniero; y subsidiariamente, se remite el conflicto a un segundo escalón de resolución amistosa y, finalmente, un tercer y último escalón que es el arbitraje administrado por la ICC, salvo que las partes acuerden someterse a otro centro arbitral y reglamento distinto.

En la edición de 1999 del libro rojo, el sistema de resolución de controversias previsto en la cláusula 20 es igualmente escalonado; sin embargo, la gran diferencia estriba en la inclusión del DAB como sustituto de la función adjudicativa del Ingeniero, pero además como condición previa al arbitraje.

La importancia de este cambio radica en que, bajo el actual diseño de este sistema de gestión conflictual, queda superado el cuestionamiento a la imparcialidad del órgano decisorio. Además, presenta una reglamentación más detallada al incorporar las condiciones generales del acuerdo de resolución de conflictos descrita como anexo en las condiciones generales de dicho modelo contractual.

Como se aprecia, en ambos casos, el arbitraje actúa con carácter subsidiario, esto es, en defecto de las vías anteriores; de modo que, en la práctica, el procedimiento pre-arbitral constituye un auténtico presupuesto de arbitrabilidad de la controversia, hasta el punto que, incluso una vez iniciado el

arbitraje, si surgen nuevas controversias, no es el árbitro quien debe resolverlas sino el Ingeniero o el DAB según sea el caso de las cláusulas 67 o 20 de la edición 1987 o 1999 del libro rojo respectivamente. En la doctrina internacional, se aprecia que, si los árbitros deciden sobre las nuevas disputas, actúan excediéndose de su competencia (Seppälä 1986, 381) y; en consecuencia, el laudo arbitral sería nulo o inejecutable por manifiesta incongruencia⁽³⁴⁾.

5. El proceso arbitral

Una vez agotados los mecanismos contractuales de reclamación y/o los plazos de los procedimientos pre-arbitrales sin pronunciamiento, incluyendo la etapa de acuerdo amistoso, y de subsistir la disputa, las partes están habilitadas para acudir al arbitraje. El arbitraje, se convierte entonces, en la cuarta fase en este sistema de gestión conflictual convencional.

El arbitraje se presenta como un mecanismo definitivo en sí mismo de resolución de controversias, cuya decisión obliga a las partes. Efectivamente, es el método que resuelve el fondo de la disputa e impone a las partes una decisión final que puede ejecutarse forzosamente.

La idoneidad del arbitraje en el ámbito internacional se manifiesta fundamentalmente, en la consecución de un título ejecución susceptible de ser ejecutado compulsivamente en los distintos países sometidos bajo el Convenio de Nueva York de 1958. De esta manera el arbitraje es lo suficientemente capaz para dotar de seguridad jurídica a la contratación internacional.

En el ámbito de la construcción, el arbitraje se presenta como un recurso idóneo y eficiente

(34) Artículo V.1. c). del Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

en la resolución de disputas en comparación con los poderes estatales de justicia. La inmensa mayoría de las disputas en los contratos de construcción –por no decir casi todas- se someten a arbitraje, llegando cierto sector de la doctrina a afirmar que el árbitro es el juez natural en este tipo de disputas (Hernández 1999, 328).

Conforme con la cláusula 20 de la edición de 1999 del libro rojo, a menos que se haya estipulado lo contrario, el arbitraje es conducido bajo las normas de arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC). Esto ha sido así desde la primera edición en 1957, lo cual ha sido una fuente de una gran experiencia arbitral y aporte a la regulación internacional en el sector.

Los árbitros tienen poderes para abrir, revisar y examinar cualquier decisión, del DAB, así como toda opinión, instrucción, determinación, certificado o evaluación del Ingeniero. De este modo, los árbitros tienen el poder para decidir de nuevo sobre todas las cuestiones de hecho, toda la interpretación contractual y toda cuestión de derecho relacionadas con un conflicto.

Contractualmente, la competencia de los árbitros está limitada sólo a aquellos conflictos que han sido sometidos previamente al DAB, o dicho de otro modo que hayan pasado por todos los procedimientos establecidos por la cláusula 20.

Debido a las diferentes etapas especificadas por la cláusula 20, no es posible iniciar el arbitraje hasta 168 días⁽³⁵⁾ (24 semanas o 6 meses) después de haberse planteado la reclamación. Sin embargo esta regla no opera en caso el contrato haya sido totalmente ejecutado y la designación de los miembros del DAB haya expirado; en este caso todo conflicto puede ser solucionado directamente mediante el arbitraje⁽³⁶⁾. De no recurrir al arbitraje opera la renuncia de las partes a éste, quedando firme y vinculante la decisión del DAB.

De esta manera, la FIDIC busca que las partes no acudan al arbitraje en cualquier momento bajo la aplicación del

principio de favor arbitri, siendo la práctica arbitral ICC⁽³⁷⁾ clara al respecto. FIDIC busca que el tribunal arbitral se declare incompetente en caso de comprobar que no se ha cumplido con la obligación de agotar previamente al procedimiento pre arbitral previsto en la cláusula 20⁽³⁸⁾; es más los árbitros están habilitados para valorar, bajo su competencia, el cumplimiento de los requisitos procedimentales exigidos por esta cláusula, circunstancia de la que depende la competencia del árbitro.

El incumplimiento de una decisión final y vinculante del DAB por parte de una de las partes permite a la otra, la posibilidad de recurrir al arbitraje, para ejecutar tal decisión. Efectivamente, la decisión del DAB per se no constituye un título ejecutivo como el caso de las sentencias o los laudos arbitrales y por tanto no estaría dentro de los alcances del Convenio de Nueva York de 1958. En este caso, el arbitraje tendrá un carácter meramente compulsivo en el absoluto y pleno cumplimiento de la decisión, ya que un nuevo pronunciamiento sobre el fondo no sólo excedería la competencia de los árbitros, constituyendo esto una causa de anulación o denegación de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, sino que además esta situación convertiría en inútil el pronunciamiento del DAB, el cual perdería sentido dentro del nuevo sistema de gestión conflictual convencional.

En este supuesto, lo que se somete a arbitraje es el incumplimiento de una de las partes de la decisión del DAB (incumplimiento contractual). Se trata de agregar eficiencia a la gestión de los contratos de construcción y; de esta

(35) Este número de días es el resultado de la agregación anterior de todos los períodos de tiempo mencionados en la cláusula.
(36) Subcláusula 20.8 de las condiciones FIDIC de la edición 1999 del Libro Rojo. Cónfer. Federación Internacional de Ingenieros Consultores 1999: 81.
(37) Esta circunstancia se ha reconocido en el laudo arbitral CCI número 5634/1988.
(38) Véase el laudo en los casos N° 16535/1992, N° 4840/1986 y 5634/1988.



Gustavo Paredes

manera, la decisión ejecutiva del tribunal arbitral (como laudo arbitral) tendría además la protección del régimen del Convenio de Nueva York de 1958.

El tribunal arbitral tiene la obligación de investigar el caso (no actúa como instancia de apelación), de determinar por sí mismo los hechos (independientemente del punto de vista del DAB) para llegar a sus propias conclusiones, de estar informado a partir de su propio conocimiento del mundo y de su propia especialización (y si carece de esta última, con la ayuda de peritos), y de ejecutar el contrato (o la ley aplicable) para arribar a su decisión o a sus decisiones⁽³⁹⁾.

En efecto, la subcláusula 20.6 de la edición 1999 del libro rojo deja en claro que el tribunal debe abrir, revisar y examinar cualquier decisión previa del DAB (o del Ingeniero, en caso, de ediciones previas) relevante en relación con el conflicto. De este modo, una decisión previa del Ingeniero o del DAB no es relevante o admisible como precedente real de nada, ni debe jugar decisivamente ningún papel en las deliberaciones del tribunal.

El papel del tribunal es guiar los procedimientos para sacar a la luz los temas o cuestiones que va a tener que decidir; tiene el papel de guiar a las partes o sus representantes legales hacia la verdad y la razón. En este contexto, las partes tienen también el deber de dotar a los árbitros del material que se necesite para que éstos guíen eficientemente el caso y les permita decidir el conflicto.

Es importante que con la primera reunión con las partes, el tribunal pueda estar informado, recabando de ser posible una cronología de los eventos de cada parte, especialmente si hay reclamaciones por retrasos o interrupciones. Sobre la base del material proporcionado por las partes, el tribunal debe preparar una cronología compuesta que debe ser enviada a las partes. Por lo tanto, el tribunal debe mantener la cronología, enmendándola en la medida que se desarrolla el caso, haciendo circular las revisiones y solicitando a las partes que llenen cualquier vacío que se encuentre en dicha cronología. El tribunal no debe dudar en buscar la información que le posibilite crear cuadros, diagramas o glosarios organizacionales u otra forma de aclaración con el

propósito de la definición de una reclamación o de cualquier otro tema.

Es común bajo las normas de la ICC iniciar la primera reunión con la redacción y suscripción de los términos de referencia como la preparación de una lista de temas controvertidos sobre los que incidirán los medios de prueba y finalmente se resolverá. Por lo tanto, la principal gran tarea del tribunal es la extracción de dichos temas en las primeras etapas. Esta lista debe ser revisada y reenviada por el tribunal en consulta con las partes en la medida que avanza el caso. Esta parte sin duda es la base para un buen análisis del caso.

El tribunal arbitral debe ser lo suficientemente hábil para recaudar de las partes e incluso de oficio, las pruebas que le permitan un adecuado análisis, para lo cual deberán inicialmente recurrir a aquellos documentos que acrediten los hechos relevantes, razón por la que necesitan ser apropiadamente seleccionados y presentados señalando qué es lo que intenta probar. Es obvio a lo dicho que el tribunal puede pedir documentos adicionales en cualquier momento para cumplir con su obligación de determinar los hechos.

Adicionalmente a este medio de prueba, el tribunal deberá ponderar las declaraciones testimoniales presentadas, así como los informes periciales que se desarrollen durante el proceso.

Para concluir dentro del proceso, el rol del tribunal arbitral se centra en garantizar el trato equitativo para las partes en el ejercicio de su derecho de defensa y evitar todo acto que signifique un flagrante abuso de sus prerrogativas en el ejercicio de su cargo.

(39) Humphrey Lloyd, *The Role of The Arbitral Tribunal* (Paris: Ponencia en Seminar of The Resolution of Disputes under International Construction Contracts, 2004).

El sistema de gestión conflictual convencional Libro Rojo FIDIC - edición 1999 - y su aporte de eficiencia en la solución de conflictos en los proyectos de construcción
The conventional conflict management system Red Book FIDIC -edition 1999- and its contribution of efficiency in the solution of conflicts in construction projects

6. Conclusión

A manera de conclusión, este trabajo busca descubrir los fundamentos de la práctica internacional de la gestión de las disputas en el sector de la construcción, focalizando su investigación en el sistema de gestión conflictual convencional FIDIC libro rojo edición 1999, debido a que es un sistema de reconocida solvencia internacional, expresión de reglas predecibles y buenas prácticas en el sector de la ingeniería y construcción.

El conocimiento de este sistema de gestión ofrece como primera lección, reconocer la existencia de un estándar en la industria que sirva de base de análisis comparativo con los sistemas de gestión que se vienen utilizando actualmente tanto en el ámbito privado como público para el desarrollo de proyectos de construcción e infraestructura pública y así nos ayude a entender, rescatar e implementar lo más valioso de la práctica internacional.

7. Referencias Bibliográficas

Bowcock, John. 2004. *Dispute Boards and Their Benefits: Seminar of The Resolution of*

Disputes under International Construction Contracts. Paris: Hotel Concorde La Fayette.

Bunni, Nael G. 2005. *The FIDIC Form of Contract*. 3a ed. Londres: Blackwell Publishing. <https://doi.org/10.1002/9780470759417>

Hernández Rodríguez, Aurora. 1999. *Los contratos internacionales de construcción "llave en mano"*. Granada: Editorial Comares.

Reig Fabado, Isabel. 2003. *Régimen Jurídico del Contrato Internacional de Ingeniería*. Tesis de doctorado, Universidad de Valencia.

Seppälä, Christopher. 1986. *The Pre-arbitral Procedure for the Settlement of Disputes in the FIDIC (Civil Engineering) Conditions of Contracts*. Reino Unido: International Construction Law Review.

Tieder, J.B. 1998. *The Globalization of Construction – Evolving Standards of Construction Law*. *International Construction Law Review*. United Kingdom: HH Lloyd QC.

Wöss W. Herfried. 2006. Panel de Adjudicación de Desavenencias "Una Retrospectiva". *Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, A.C. CAMECIC. Medios de Solución de Controversias No 50, junio 2006. 